

## CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000

relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics

---

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 7 novembre 2000 sous le numéro A 319 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de décret réformant le code des marchés publics ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 du Conseil de la concurrence relatif aux propositions formulées dans le rapport du 8 mars 1996 établi par M. Alfred Trassy-Paillogues, député, au terme de la mission parlementaire sur la réforme du droit de la commande publique que le Premier Ministre lui avait confiée le 25 août 1995 ;

Vu l'avis n° 97-A-11 du 5 mars 1997 du Conseil de la concurrence relatif à un avant-projet de loi portant réforme du code des marchés publics, et notamment à ses articles 20 et 21 ;

Vu l'avis n° 99-A-12 du 15 juin 1999 du Conseil de la concurrence relatif à un projet de réforme du code des marchés publics ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 20 novembre 2000 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

À titre liminaire, le Conseil souligne en premier lieu qu'il n'est pas consulté dans le cadre des dispositions de l'article L. 462-2 du code de commerce mais sur le fondement de l'article L. 462-1 aux termes duquel il "*donne son avis sur toute question de concurrence*".

En deuxième lieu, la demande d'avis dont il est saisi, qui s'inscrit dans le cadre plus large d'une concertation engagée avec les acheteurs publics et leurs partenaires, ne peut donner lieu qu'à un avis portant sur les incidences éventuelles sur l'exercice de la concurrence des dispositions contenues dans le projet de décret qui lui est soumis et les documents qui l'accompagnent, ce qui exclut toute appréciation sur le bien-fondé ou les modalités des mesures proposées pour atteindre d'autres objectifs.

En dernier lieu, le projet de décret soumis à son examen fait suite à d'autres projets de réforme de la commande publique sur lesquels le Conseil de la concurrence, consulté, avait rendu ses avis n°s 96-A-08 du 2 juillet 1996, 97-A-11 du 5 mars 1997 et 99-A-12 du 15 juin 1999. Le présent avis s'inscrit dans le prolongement de ces derniers.

Ce projet de décret, de 155 articles pour six titres, est accompagné d'une "*présentation*" de deux pages et d'un "*document d'orientation sur la réforme du code des marchés publics*" qui effectue la "*synthèse des contributions*" apportées par les personnes consultées, publiques et privées. Ces deux documents, et les dispositions réglementaires qui y répondent, indiquent quatre axes de réforme.

### *En ce qui concerne les règles générales de la commande publique*

L'article 1<sup>er</sup> du projet de décret définit les marchés publics et les règles générales de la commande publique et dispose dans son 2<sup>ème</sup> alinéa que les marchés publics sont “*régis par les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, d'efficacité de la commande publique et de transparence des procédures*” et (3<sup>ème</sup> alinéa) que “*l'efficacité de la commande publique*” est “*assurée par la définition préalable des besoins, la mise en concurrence des candidats potentiels, l'obligation de publicité sauf dérogation expresse et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse*”.

Le Conseil observe d'abord que le texte fixe des objectifs qui peuvent être communs au droit de la commande publique et au droit de la concurrence ; en particulier, la recherche de l'efficacité de la commande publique, qui peut être interprétée comme « l'objectif synthétique » du droit des marchés publics, rejoint l'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit de la concurrence ou peut être considéré comme un cas particulier de cet objectif plus général. Mais le Conseil ne peut alors que relever que la satisfaction des conditions énumérées dans l'alinéa 3 de l'article 1 du projet ne garantit en aucune manière l'efficacité de la dépense publique, dès lors que les règles de la concurrence ne seraient pas respectées de leur côté par les offreurs.

Il souligne, dans cette perspective, que l'efficacité de la commande publique ne peut être assurée qu'à la condition que le marché fonctionne selon les règles de la concurrence et qu'il est par conséquent impératif que le droit de la commande publique ne comporte pas de dispositions qui seraient porteuses de distorsions de concurrence ou encourageraient ou faciliteraient des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire des ententes ou des abus de position dominante. Il pourrait être opportun de rappeler cette condition dans l'article 1<sup>er</sup> du décret, d'autant que le Conseil ne cesse de constater que les règles actuelles de l'achat public coexistent avec des pratiques d'entente très fréquentes entre les entreprises qui répondent aux appels d'offres, ce qui aboutit souvent à une hausse significative du prix payé par l'acheteur public, en contradiction avec l'objectif recherché par le formalisme du code des marchés publics.

Le Conseil constate, ensuite, la place relativement secondaire que l'objectif d'efficacité se voit assignée dans le 2<sup>ème</sup> alinéa du même article. D'un point de vue économique, cet objectif paraît pourtant fondamental, tandis que les autres principes pourraient plutôt être regardés comme des moyens permettant de l'atteindre plus sûrement.

### *En ce qui concerne l'ouverture plus large de la commande publique aux PME et aux artisans*

Dans ses avis susvisés, le Conseil faisait part des incidences éventuelles sur le libre jeu de la concurrence que pouvaient emporter le maintien de la **préférence** accordée, en cas d'offres équivalentes, aux “*sociétés coopératives ouvrières de production, aux groupements de production agricole, aux artisans et aux sociétés coopératives d'artisans et d'artistes*”, et l'institution, pour les marchés de fourniture, d'une préférence au bénéfice des entreprises de la Communauté européenne. Il faisait sienne l'observation selon laquelle les “*vraies solutions au problème posé*” par les PME consistaient à éliminer les obstacles dressés par les textes ou les comportements et que les mécanismes devant être mis en place dans le souci d'être favorable aux PME ne devraient pas aboutir “*à créer des distorsions de concurrence*”.

Le projet de décret soumis à son examen a maintenu le principe de la préférence (article 44-1), et il l'a même renforcé, en imposant au maître d'ouvrage de réserver un quart (article 44-2 et 3) ou la moitié (article 44-4) des travaux ou des lots aux catégories d'entreprises concernées. Par ailleurs, le projet de décret prévoit que soient passés sans aucun formalisme les marchés, quel que soit leur montant, portant sur des services juridiques, sociaux, sanitaires, récréatifs, culturels, sportifs, d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelle (article 50) et de réalisations plastiques artistiques (article 51). Le Conseil de la concurrence ne peut que rappeler que le fait,

pour un acheteur public, de choisir discrétionnairement un fournisseur de bien ou de services le prive du bénéfice qu'il peut tirer d'un marché fonctionnant de façon concurrentielle.

En revanche, le projet de décret prévoit plusieurs mesures qui vont dans le sens d'une ouverture plus large de la commande publique aux entreprises petites et moyennes sans créer de graves distorsions de concurrence.

Il en va ainsi, s'agissant des **délais de paiement** publics, et indépendamment des dispositions de l'article 28 quinquies du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, des articles 105 à 109 et 120 du projet de décret examiné qui instaurent, d'une part, l'obligation pour les collectivités publiques de s'engager contractuellement sur des délais de paiement dont le non respect entraînera automatiquement le versement d'intérêts moratoires, d'autre part, l'intervention du Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises ; ces dispositions sont de nature à favoriser les PME, dont la trésorerie s'accommode plus difficilement que les grandes entreprises de délais de paiement trop longs compte tenu d'un accès plus difficile au crédit bancaire.

Il en va de même, s'agissant des **retenues de garantie**, des dispositions de l'article 93 du projet de décret qui dispensent de ces retenues les PME et les coopératives ouvrières de production et qui précisent que les entreprises petites et moyennes visées sont celles qui emploient moins de 250 employés dont la moyenne du chiffre d'affaires des trois derniers exercices est inférieur à 40 000 000 € et dont le capital n'est pas majoritairement détenu par une entreprise qui n'est pas une PME.

Le Conseil croit, cependant, devoir souligner que les mesures prises plus généralement en faveur des PME devraient distinguer les PME constituées de petites structures locales, souvent familiales, et celles qui appartiennent à de grands groupes nationaux ou régionaux, soit par filialisation de ceux-ci, soit par la prise de participation dans des entreprises locales en difficulté, la politique commerciale, financière et industrielle, notamment concurrentielle, des deux catégories d'entreprises étant très différente.

Il en va de même de la création, prévue par l'article 144 du projet de décret examiné, d'un **Observatoire économique de l'achat public**, qui se substituerait, semble-t-il, à la section économique de la commission centrale des marchés publics. Le Conseil de la concurrence estime que cet observatoire pourrait prendre en compte, dans sa mission de recueil d'informations et de réalisation d'études et de statistiques relatives aux entreprises, et notamment aux PME, les éléments permettant d'établir la situation de la concurrence sur les marchés concernés.

S'agissant de l'**allotissement**, le Conseil avait indiqué, dans ses précédents avis, qu'il devait être encadré de telle sorte qu'il ne soit pas utilisé pour diviser un marché en plusieurs marchés d'un montant moins élevé, et inférieur aux seuils prévus par le code des marchés publics, en vue de soustraire à l'appel public à la concurrence les fournitures, prestations ou travaux concernés. Cet encadrement devrait porter, notamment, mais pas seulement, sur les marchés répartis en lots de nature homogène.

L'article 11 du projet de décret examiné autorise la répartition en lots qui peuvent donner lieu chacun à un marché distinct ou faire l'objet d'un marché unique. Cette faculté, qui devrait être utilisée lorsque l'imposent les circonstances ou la nature des travaux, peut permettre, notamment lorsque les lots sont de nature différente, à certaines PME de soumissionner à des marchés d'une importance compatible avec leur taille et, augmentant ainsi le nombre des compétiteurs, d'accentuer la pression concurrentielle. Toutefois, dans certains cas de figure résultant notamment de contraintes techniques particulières, le choix d'un marché global peut se révéler plus avantageux pour l'acheteur public : l'allotissement peut entraîner, en effet, des coûts supplémentaires de coordination et peut, en outre, faire obstacle à la réalisation d'économies

d'échelle. De tels cas de figure pourraient être précisés dans la rédaction définitive de l'article 11.

À l'inverse, l'allotissement peut être le seul moyen de maintenir durablement une pluralité d'offres sur le marché lorsque, en raison de la position du demandeur, de la spécificité de sa demande, ou de la nature oligopolistique de l'offre, un appel à la concurrence global pourrait conduire à conférer une position dominante à l'entreprise ou aux quelques entreprises qui seraient les seules à pouvoir présenter une offre. L'allotissement, qui peut ainsi participer de la recherche, par le demandeur, d'une meilleure efficacité sur le long terme de l'achat public, devrait toutefois être encadré pour que, dans ce cas de figure, il ne soit pas utilisé afin de répartir artificiellement les fournitures, prestations ou travaux entre autant d'entreprises qui seraient ainsi favorisées, ce qui aurait pour effet, actuel ou potentiel, de fausser le jeu de la concurrence entre ces entreprises et de créer des obstacles supplémentaires à l'entrée sur le marché de nouveaux compétiteurs.

Par ailleurs, la rédaction de l'article 77 du projet de décret, qui fixe les conditions dans lesquelles l'acheteur public peut recourir à un marché fractionné, sous la forme d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches conditionnelles, devrait être révisée dans le sens indiqué ci-dessus. En particulier, le 3 de cet article autorise l'acheteur public à passer des marchés comportant des lots portant sur des prestations identiques *“à la condition que le marché fixe expressément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires”*. Les conditions auxquelles devrait être soumis l'acheteur public pour être autorisé à diviser en plusieurs lots une demande unique de la même prestation, et celles qui permettraient de déterminer les différents titulaires, devraient être énoncées plus précisément.

L'article 11 du projet de décret examiné impose, par ailleurs, la répartition en deux lots, de construction et d'exploitation, lorsqu'il s'agit d'un marché d'ouvrage comportant les deux volets. Cette disposition aura pour effet, entre autres, d'interdire la pratique dite des **“METP”** dont l'expérience a montré à quelles dérives anticoncurrentielles elle pouvait conduire.

S'agissant des **groupements d'entreprises** et de la **sous-traitance**, le Conseil observait, dans ses avis n<sup>os</sup> 96-A-08 et 99-A-12 des 2 juillet 1996 et 15 juin 1999, que les concertations entre entreprises en vue d'établir des liens de cotraitance ou de sous-traitance ne sont pas prohibées et peuvent contribuer à l'efficacité économique, et donc être recherchées par le maître d'ouvrage. Mais il indiquait, d'une part, que les concertations et échanges d'informations antérieures à l'élaboration et au dépôt des offres entre entreprises qui se prévalaient de projets de cotraitance ou de sous-traitance non aboutis avaient parfois, en réalité, une fin anticoncurrentielle et, d'autre part, que cotraitance et sous-traitance, en cascade ou non, déclarées ou occultes, peuvent constituer des moyens de mettre en œuvre une entente préalable de répartition d'ensembles de marchés dans un secteur donné. Il émettait donc un avis favorable aux propositions visant à encadrer les conditions de la sous-traitance et à imposer à l'entreprise soumissionnaire et à son ou ses sous-traitants de porter à la connaissance du maître d'ouvrage les conditions auxquelles elles envisageaient de sous-traiter, dans son offre pour l'entreprise soumissionnaire, dans leur demande d'agrément par le responsable du marché pour les sous-traitants.

L'article 41 du projet de décret examiné, en posant la liberté de soumissionner en groupement *“ sous réserve du respect des règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence ”*, en interdisant *“ qu'un même mandataire puisse représenter plus d'un groupement pour un même marché ”*, en prévoyant que *“ la composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres ”* et en permettant au règlement de la consultation de *“ prévoir qu'une même entreprise ne peut présenter une candidature ou une offre pour un même marché ou pour un même lot simultanément, soit à titre individuel et en tant que membre d'un groupement, soit en tant que membre de plusieurs groupements ”* va dans ce sens.

Devraient toutefois être précisées strictement les conditions dans lesquelles le règlement particulier d'appel d'offres peut autoriser un même mandataire à représenter plus d'un groupement, en excluant, par exemple, que ces groupements représentés par un même mandataire se présentent comme concurrents.

Sous réserve de ce qui est dit ci-dessus, la possibilité encadrée par l'article 77 pour une personne morale de droit public de recourir à “ *un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commandes ou d'un marché à tranches conditionnelles* ”, peut également contribuer à l'efficacité économique et donc être recherchée par le maître d'ouvrage.

Nonobstant le fait que seule une réforme législative aurait permis, ou permettra, de modifier les conditions de recours à la sous-traitance, les articles 121 à 126 du projet définissent ces conditions. L'interdiction de sous-traiter la totalité d'un marché ne figure plus explicitement dans le dispositif prévu, mais l'article 121 préserve l'essentiel en stipulant que “ *le titulaire d'un marché public ayant le caractère de contrat d'entreprise peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché* ”. Pour le reste, les principes de la responsabilité personnelle du titulaire quant à l'exécution de “ *toutes les obligations résultant de celui-ci* ” (article 122), les modalités d'acceptation et d'agrément des sous-traitants (articles 121 et 123), ainsi que le régime financier (articles 124 et 125) et des avenants (article 126) pourraient contribuer à écarter certaines dérives constatées dans le passé, comme la sous-traitance non déclarée. Un tel encadrement de la sous-traitance semble donc au Conseil de nature à prévenir certaines des pratiques anticoncurrentielles qu'il a dénoncées, et à permettre de les sanctionner si elles étaient néanmoins mises en œuvre.

*En ce qui concerne la simplification et la transparence des procédures, la clarification des règles, l'harmonisation avec le droit communautaire et la sécurité juridique des acheteurs*

Le projet de décret soumis à l'avis du Conseil allège le formalisme des procédures et réduit le nombre des seuils : marchés informels en deçà de 70 000 € HT (articles 48 à 51), procédure simplifiée au-delà (articles 52 et 57), appels d'offres selon les procédures prévues dans les directives communautaires au-delà de 130 000 € HT pour l'État et 200 000 € HT pour les collectivités territoriales (articles 53 et 58 à 65). Le recours au marché négocié est encadré (articles 54 et 66 à 68), de même que les autres procédures exceptionnelles d'appel à la concurrence, l'appel d'offres sur performances (articles 55 et 69 à 71) et le concours (articles 56 et 72 à 76).

Le Conseil est d'avis que ces mesures de simplification et d'harmonisation sont soit neutres au regard du droit de la concurrence, soit bénéfiques à l'exercice de la concurrence, sous réserve des remarques suivantes.

L'exercice de la concurrence suppose que chaque compétiteur soit dans l'incertitude quant à la stratégie adoptée par ses concurrents. Le Conseil regrette donc que n'ait pas été explicitement interdit à l'acheteur public, par exemple dans l'article 81, de communiquer à tout soumissionnaire les offres reçues : une telle communication, même après l'ouverture des plis, n'a d'autre utilité que de renseigner les entreprises sur la politique industrielle et commerciale de leurs concurrents et, si elles avaient préalablement noué une entente, de leur permettre de s'assurer de la discipline de chacun et d'évaluer les risques présentés par les soumissionnaires “ *dissidents* ” désireux de s'implanter dans le secteur d'activité concerné.

Le Conseil constate par ailleurs que l'obligation faite aux maîtres d'ouvrage d'attribuer les marchés aux mieux-disants, et non plus aux moins-disants, que prévoyaient les projets de réforme de la commande publique antérieurs, a été abandonnée, mais les formulations du projet de décret examiné ne lui semblent pas satisfaisantes. Devrait ainsi être précisé ce qu'il convient d'entendre par les “ *offres les plus intéressantes* ” parmi lesquelles est choisie celle de

l'entreprise à qui le marché sera attribué après mise en concurrence simplifiée (article 57). Pour ce qui concerne l'offre "*économiquement la plus avantageuse*" de l'attributaire retenu, dont le principe est posé à l'article 1, *in fine*, et rappelé dans le cas d'un appel d'offres ouvert ou restreint aux articles 65-I et 65-II, l'article 43 du projet de décret indique que "*la personne morale de droit public se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché*" et énumère, à titre d'exemples, douze critères techniques, esthétiques, de délais, dont seulement trois relatifs à la charge financière qui résultera pour la collectivité concernée : "*le coût d'utilisation*" au premier rang, "*la rentabilité*" au septième rang et "*le prix des prestations*" au dernier rang...

Dans ses précédents avis, le Conseil avait indiqué que le bon fonctionnement de la concurrence dans les marchés publics implique, d'une part, que le maître d'ouvrage définisse précisément sa demande et, d'autre part, que les organismes chargés du contrôle des procédures d'attribution des marchés puissent s'assurer que cette attribution est exclusivement fondée sur les mérites respectifs des offres au regard de la demande exprimée.

Dans la rédaction du projet, la spécification précise de la demande de l'acheteur public et la définition détaillée de ses besoins dans un cahier des charges prenant en compte tous les paramètres de la fourniture ou de l'ouvrage en cause (article 5), constituent un préalable à l'appel à la concurrence, même lorsque cette spécification précise conduit à réduire le nombre des offreurs potentiels. Le rappel, dans le dernier alinéa de l'article 6, de ce que "*les normes et spécifications techniques ne doivent (...) pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence*" n'est, de ce point de vue, pas inutile. Toutefois, la possibilité, ouverte par l'article 14, de définir dans le cahier des charges des conditions d'exécution pouvant "*viser à promouvoir l'emploi de personnes défavorisées ou exclues, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement*" devrait faire l'objet d'un encadrement plus strict que la simple mention que ces "*conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire, direct ou indirect*".

Comme l'avait souligné le Conseil dans son avis n° 99-A-12, la publication *a priori* des critères de choix et de leur hiérarchisation, comme le prévoit l'article 43-I, 3<sup>ème</sup> alinéa, peut, en revanche, avoir des effets anticoncurrentiels. Malgré la possibilité ouverte par l'article 40 aux soumissionnaires à un appel d'offres de proposer, avec l'offre de base, toute variante conforme à des spécifications techniques ayant cours sur le territoire de l'Union européenne, le fait de porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires les critères de choix est, en effet, particulièrement susceptible de favoriser les ententes. Une "règle du jeu" précise et connue à l'avance par les soumissionnaires rend lisible pour eux les conditions d'attribution du marché. Que l'attributaire soit systématiquement le moins-disant ou l'entreprise ayant déposé l'offre "*économiquement la plus avantageuse*" en fonction des critères ainsi rendus publics, une entente permettrait alors à ses membres de désigner entre eux, en concertation et à l'insu de l'acheteur public, celui qui déposera l'offre moins-disante ou "*économiquement la plus avantageuse*", et ceux qui déposeront des offres "de couverture", plus élevées ou ne répondant pas ou répondant plus mal à un ou plusieurs des critères d'attribution.

Par ailleurs, le prix proposé ne peut être qu'un des critères de choix parmi les plus déterminants. Qu'il ait lui-même spécifié avec précision les biens, produits ou services permettant de satisfaire sa demande, ou qu'il ait laissé aux entreprises consultées une certaine latitude pour présenter des solutions alternatives, des "variantes", l'acheteur public doit être en mesure de retenir l'offre qui permet de satisfaire complètement sa demande au meilleur rapport qualité-prix.

Le Conseil observe que la possibilité pour l'acheteur public d'attribuer le marché non pas au moins-disant, mais au soumissionnaire "mieux-disant", c'est-à-dire dont l'offre apparaît comme étant la mieux appropriée à l'objectif poursuivi, est actuellement rarement utilisée, en raison des risques politique ou contentieux que l'acheteur public prend ou croit prendre en ne retenant pas

l'offre moins-disante, ou des difficultés, s'il le fait néanmoins, de motiver son choix par des critères objectifs, quantifiables ou non. Cette problématique, toutefois, semble au Conseil entrer moins dans le cadre de l'efficacité du choix et du libre jeu de la concurrence que dans celui du contrôle de légalité de la décision de l'acheteur public.

Le Conseil est donc d'avis que la réforme réglementaire envisagée n'est pas incompatible avec le principe de la libre concurrence en tant qu'elle imposerait à l'acheteur public de définir par écrit ses besoins et ses critères du choix de l'attributaire, préalablement à toute négociation ou appel à la concurrence et en vue, notamment, **de faciliter le contrôle a posteriori par les autorités qui en sont chargées. Il est d'avis, au contraire, qu'en obligeant l'acheteur public à porter à l'avance ses critères de choix à la connaissance des entreprises soumissionnaires, le projet risque de faciliter la rédaction d'offres de couverture** et de rendre, ainsi, plus aisées les ententes visant à la répartition des marchés. Sur ce point, la réforme envisagée est susceptible de compromettre l'efficacité de la commande publique.

Par ailleurs, le Conseil ne peut qu'approuver la volonté marquée par le projet qui lui est soumis de ne pas créer des mécanismes de rejet obligatoire des **offres dites " anormalement basses "**. Le dispositif envisagé (article 45) est conforme à ses avis précédents en ce qu'il prévoit que la décision de rejet d'une offre présumée "*anormalement basse*" n'est pas obligatoire, qu'elle ne pourra intervenir qu'après que l'auteur de cette dernière aura été invité par écrit à s'en expliquer, et qu'elle sera motivée. La possibilité supplémentaire de rejeter une offre "*anormalement basse*" ouverte, par l'article 150, aux opérateurs publics de réseaux, lorsque cette offre serait due à "*l'obtention d'une aide publique*", se trouve heureusement limitée par l'obligation où il seront alors, en premier lieu, de consulter l'auteur de cette offre, qui pourra "*apporter la preuve que cette aide a été notifiée à la Commission européenne ou a été autorisée par celle-ci*" et, en second lieu, d'informer d'un tel rejet la Commission européenne, garante de la liberté du commerce entre États membres. Le Conseil regrette, enfin, que le projet de décret ne permette pas à l'acheteur public d'exiger du cocontractant une **garantie de bonne fin** pourtant très habituellement pratiquée dans les marchés privés qui seule lui permettrait de se prémunir contre diverses défaillances du titulaire du marché dues, entre autres raisons, à une proposition "*anormalement basse*". Le fait que certaines entreprises se voient refuser par les banques une telle garantie traduit simplement les risques que de telles entreprises, sans doute peu fiables, font courir à l'acheteur public ; il ne justifie pas à lui seul que cette précaution soit écartée.

En conclusion, le Conseil est d'avis que la rédaction définitive du projet de décret soumis à son examen devrait :

- pour ce qui concerne son article 1<sup>er</sup>, rappeler que l'efficacité de la commande publique n'est garantie que si elle s'adresse à un marché fonctionnant de façon concurrentielle ;
- pour ce qui concerne l'ensemble des dispositions prises en faveur des PME, adopter une définition plus restrictive de ces dernières, en excluant, comme par exemple le fait l'article 93 du projet de décret examiné, les filiales de grandes entreprises ;
- pour ce qui concerne son article 14, encadrer les conditions d'exécution pouvant "*viser à promouvoir l'emploi de personnes défavorisées ou exclues, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement*" ;
- pour ce qui concerne son article 11 relatif à l'allotissement, préciser les cas où, bien que les conditions soient réunies pour allotir le marché, le choix d'un marché global serait économiquement plus avantageux pour l'acheteur public, et les cas où l'allotissement serait interdit ;
- pour ce qui concerne son article 41, préciser strictement les conditions dans lesquelles le règlement particulier d'appel d'offres peut autoriser un même mandataire à représenter

plus d'un groupement, en excluant que ces groupements représentés par un même mandataire puissent se présenter comme concurrents ;

- pour ce qui concerne son article 43-I, 3<sup>ème</sup> alinéa, modifier cet article de sorte que ne soit pas communiqués *a priori* les critères de choix de l'acheteur public et leur hiérarchisation aux entreprises soumissionnaires ;
- pour ce qui concerne ses articles 44-1 à 44-4, 50 et 51, soumettre à des conditions plus strictes et plus protectrices du libre exercice de la concurrence le principe de la " *préférence* " et de la quotité réservée ;
- pour ce qui concerne son article 77-3, préciser dans un sens restrictif les conditions auxquelles devrait être soumis l'acheteur public pour diviser en plusieurs lots une demande unique de la même prestation, et celles qui permettraient de déterminer les différents titulaires ;
- pour ce qui concerne son article 121, interdire explicitement la possibilité pour le titulaire d'un marché d'en sous-traiter la totalité.

Enfin, le Conseil ne peut que renouveler l'ensemble de ses propositions et suggestions figurant dans ses avis précédents et émettre le vœu d'être à nouveau consulté lorsque les textes législatifs et réglementaires qui compléteront la réforme auront reçu une rédaction définitive. Le Conseil observe également que le droit français de la commande publique s'inscrit dans un cadre communautaire susceptible de connaître des évolutions. Il n'est pas certain que les préoccupations de concurrence soient toujours prises en compte, tant par les services de la commission en charge de ce sujet, que par les administrations françaises directement impliquées dans les négociations correspondantes. Une consultation du Conseil de la concurrence préalablement à l'adoption des positions françaises lors des étapes clés de cette négociation pourrait se révéler utile.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Facchin, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général,  
Patrick Hubert

La présidente,  
Marie-Dominique Hagelsteen